

# VU Research Portal

## Case note: Hoge Raad (Ne bis in idem)

Borgers, M.J.

2013

[Link to publication in VU Research Portal](#)

### ***citation for published version (APA)***

Borgers, M. J., (2013). *Case note: Hoge Raad (Ne bis in idem)*, No. 176, Sep 25, 2012. (Nederlandse jurisprudentie; Vol. 2013).

### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

### **E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

*HR 25 september 2012, nr. 11/01703*

M.J. Borgers

1. De Hoge Raad heeft in een overzichtsarrest van 1 februari 2011 (*NJ* 2011/394 m.nt. Y. Buruma) een ‘verduidelijking’ verschaft van zijn rechtspraak over ‘hetzelfde feit’ in artikel 68 Sr en 313 Sv. Daarin worden, ter beantwoording van de vraag of sprake is van ‘hetzelfde feit’, relevante vergelijkingsfactoren genoemd: *de juridische aard van de feiten* – in het bijzonder de beschermde rechtsgoederen en de van toepassing zijnde strafmaxima – alsmede *de gedraging van de verdachte* – waarvoor van belang zijn de aard en de kennelijke strekking van de gedragingen alsmede de tijd waarop, de plaats waar en de omstandigheden waaronder de feiten zijn verricht.

2. In het overzichtsarrest wordt de onderlinge verhouding tussen de twee vergelijkingsfactoren niet in algemene zin besproken. De Hoge Raad overweegt slechts dat die factoren ‘dienen (...) te worden betrokken’ bij de beantwoording van de vraag of van ‘hetzelfde feit’ sprake is. In *NJ* 2011/394 komen beide vergelijkingsfactoren naar voren bij de beoordeling van de klacht over de beslissing omtrent de wijziging van de tenlastelegging. In de nadien gewezen rechtspraak plaatst de Hoge Raad evenwel de juridische aard van de feiten sterk op de voorgrond. De beslissing tot toewijzing van een vordering tot wijziging van de tenlastelegging wordt in HR 6 maart 2012, *NJ* 2012/448 m.nt. J.M. Reijntjes ge-casseerd, vanwege het verschil in de door de betrokken strafbaarstellingen beschermde rechtsgoederen en in de strafmaxima. Op de relevante (feitelijke) gedragingen wordt niet ingegaan. Ook in HR 15 mei 2012, *NJ* 2012/327 m.nt. A.H. Klip – een arrest waarin artikel 68 Sr aan de orde komt – legt de Hoge Raad sterk de nadruk op het verwijt dat de verdachte ‘in juridisch opzicht’ kan worden gemaakt. Het hierboven afgedrukte arrest is van hetzelfde laken een pak. Het gaat in deze zaak om, kort gezegd, een vervolging wegens artikel 5 WVV, nadat de verdachte eerder is vrijgesproken van bedreiging (in een verkeerssituatie), terwijl de betrokken gedragingen op (vrijwel) hetzelfde moment en dezelfde plaats zouden hebben plaatsgevonden. Het oordeel van de Hoge Raad komt erop neer dat geen sprake is van ‘hetzelfde feit’ gelet op het verschil in de beschermde rechtsgoederen en het verschil in strafmaxima. In HR 12 maart 2013, *LJN* BZ3571, waarin het weer gaat om een wijziging van de tenlastelegging, refereert de Hoge Raad wel uitdrukkelijk aan beide vergelijkingsfactoren, maar wordt vervolgens alleen de juridische aard van de feiten nader uitgewerkt.

3. Dit korte overzicht suggereert dat er een zekere trend is ontstaan, waarbij de juridische aard van de feiten de belangrijkste – zo niet: beslissende – factor lijkt te zijn geworden. De feitelijke component – de gedraging van de verdachte – is daarmee niet irrelevant geworden. Maar de recente rechtspraak van de Hoge Raad lijkt wel zo te mogen worden gelezen dat de rechter zich niet, althans niet uitvoerig, hoeft te bekreunen over die feitelijke component, indien reeds op grond van de juridische aard van de feiten kan worden geoordeeld dat van ‘hetzelfde feit’ geen sprake is.

4. Interessant is nu dat de Hoge Raad deze lijn dus ook hanteert in het hierboven afgedrukte arrest, terwijl het hier een ‘echte’ artikel 68 Sr-zaak betreft, waar *NJ* 2011/394, *NJ* 2012/448 en *LJN* BZ3571 zien op de wijziging van de tenlastelegging. Weliswaar heeft de Hoge Raad in *NJ* 2011/394 voorop

heeft gesteld dat bij de toepassing van zowel artikel 68 Sr als artikel 313 Sv ‘aan de hand van dezelfde maatstaf [moet] worden beoordeeld of sprake is van “hetzelfde feit”’, het zou niet onvoorstelbaar zijn geweest wanneer de Hoge Raad zekere accentverschillen had aangebracht. De belangen die op het spel staan, zijn immers niet volstrekt gelijk. Een restrictieve invulling van ‘hetzelfde feit’ in het kader van artikel 313 Sv noopt tot een zorgvuldige inkleding van de tenlastelegging aan het begin van het strafproces. Dat is voor de verdachte gunstig, omdat de inzet van de strafzaak daarmee duidelijker wordt omlijnd. Ook betracht het openbaar ministerie, indien een wijziging van de tenlastelegging niet wordt toegestaan, enige terughoudendheid met een nieuwe vervolging, vooral wanneer het om niet al te ernstige feiten gaat. Tegelijkertijd geldt – het behoeft nauwelijks toelichting – dat in relatie tot artikel 68 Sr een ruime uitleg van ‘hetzelfde feit’ vanuit het perspectief van de verdachte juist weer gunstig kan worden genoemd. Daartoe zou dan de nadruk kunnen worden gelegd op de feitelijke gedraging. Men kan het ook omgekeerd benaderen: vanuit het perspectief van rechtshandhaving is een ruim feitsbegrip gunstig voor een geconcentreerde en efficiënte afdoening van verschillende strafbare feiten, terwijl een eng feitsbegrip de mogelijkheid van een tweede vervolging slechts in geringe mate beperkt. De Hoge Raad lijkt evenwel, mede gelet op het hierboven afgedrukte arrest, het onderlinge gewicht van de beide vergelijkingsfactoren niet te willen laten variëren.

5. Daarmee komt een andere kwestie in beeld. Op het arrest *NJ* 2011/394 is stevige kritiek geuit omdat de Hoge Raad daarin ook voor wat betreft artikel 68 Sr vasthoudt aan de juridische aard van feiten als relevante vergelijkingsfactor. Steen des aanstoots is vooral de overweging van de Hoge Raad dat Europese rechtspraak ter zake van het ne bis in idem-beginsel – het gaat dan om artikel 54 SUO, artikel 50 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie en artikel 4 van het (niet door Nederland geratificeerde) Zevende Protocol bij het EVRM – niet noopt tot een inhoudelijke verandering. Met deze Europese regelingen zou namelijk juist voor een zuiver feitelijke benadering van het feitsbegrip zijn gekozen. Het zou daarom onverstandig en onwenselijk zijn – gegeven het feit dat in diverse situaties artikel 54 SUO en/of artikel 50 Handvest leidend zijn, waarbij voor de uitleg van dat laatste voorschrift aansluiting moet worden gezocht bij de Straatsburgse rechtspraak omtrent artikel 4 van het Zevende Protocol – dat de Hoge Raad betekenis blijft toekennen aan de juridische aard van de feiten. Zie onder andere Ouwerkerk, *DD* 2012, p. 490-507 en voorts de annotaties van Buruma onder *NJ* 2011/394 en Reijntjes onder *NJ* 2012/448. Blijkens de hierboven afgedrukte uitspraak heeft de Hoge Raad zich door die kritiek niet laten overtuigen.

6. Steekt de Hoge Raad hiermee de kop in het zand? Dat valt nog te bezien. Van belang is vooral waar men naar kijkt. Het EHRM en het HvJ EU hanteren onmiskenbaar een *criterium* dat duidt op een zuiver feitelijke benadering (‘identical facts or facts which are substantially the same’ en ‘de gelijkheid van de materiële feiten, begrepen als het bestaan van een geheel van concrete omstandigheden die onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn’). Maar waar het gaat om het *operationaliseren* en het *toepassen* van die criteria, lijkt het verschil met de benadering die de Hoge Raad kiest, aanmerkelijk minder groot te zijn.

Interessant is hier vooral de richtinggevende uitspraak van de *Grand Chamber* van het EHRM in de zaak-Zolotukhin (EHRM 10 februari 2009, *NJ* 2010, 36 m.nt. Y. Buruma). Bij nauwkeurige lezing van die uitspraak lijkt het EHRM de relevantie van de juridische aard van de feiten niet geheel buiten de deur te hebben willen plaatsen. Zo merkt het EHRM in rov. 81 op – de Hoge Raad attendeert daar ook op in *NJ* 2011/394 – dat ‘the approach which *emphasises* the legal characterisation of the two offences is too restrictive on the rights of the individual’. Dat sluit niet uit dat de juridische aard van

de feiten enig, zij het niet doorslaggevend gewicht in de schaal mag leggen. Bij de beoordeling van de vraag of in twee opeenvolgende vervolgingen sprake is van hetzelfde feit, dienen – aldus rov. 83 – de ‘statements of facts’ als uitgangspunt te worden genomen. Dat is, zeker in relatie tot het Nederlandse systeem, een interessant gegeven. De presentatie van de voor de procedure relevante feiten geschiedt immers – en het EHRM werpt daar niet een dam voor op – door middel van een op een delictsomschrijving geënte tenlastelegging. Dat betekent dat een verschil in de juridische aard van de feiten zal (kunnen) doorklinken in de wijze waarop de feiten in de ‘statements’ worden gepresenteerd. Gewezen zou ook kunnen worden op rov. 84, waarin wordt overwogen dat de rechter moet onderzoeken of de concrete feitelijke omstandigheden ‘*inextricably linked together in time and space*’ zijn. Het EHRM laat hier ruimte om feitelijke gedragingen die zich op één en hetzelfde moment voordoen niet als ‘hetzelfde feit’ aan te merken. Dat lijkt niet uit te sluiten dat de onlosmakelijke verbondenheid mede aan de hand van meer juridische elementen wordt beoordeeld.

Een tegenwerping zou nu kunnen zijn dat het EHRM in rov. 97 stellig poneert dat ‘the facts of the two offences serve as its sole point of comparison’ en dat ‘the Government’s argument that they were distinct on account of the seriousness of the penalty they entailed is therefore of no relevance for its inquiry’. Het komt mij echter voor dat het EHRM hier slechts reageert op het verweer van de Russische regering dat reeds op grond van (uitsluitend) het verschil in strafbedreiging moet worden aangenomen dat in deze zaak niet van hetzelfde feit sprake was. Dat was bepaald geen sterk verweer, nu de Russische regering erkende – zie rov. 66 – dat de betrokken strafbaarstellingen hetzelfde rechtsgoed beschermen.

In relatie tot de rechtspraak betreffende artikel 54 SUO kunnen vergelijkbare relativerende kanttekeningen worden geplaatst. Het gebruik van de term ‘onlosmakelijk’ laat ook hier mogelijk ruimte voor het betrekken van meer juridische elementen. Bovendien ontstaat bij een vergelijking van de casusposities waarover het HvJ EU tot nu toe heeft geoordeeld, met vergelijkbare gevallen die in de Nederlandse rechtspraak aan de orde zijn geweest, niet het beeld zien dat de Hoge Raad, ook al legt hij een enigszins andere toetsingsmaatstaf aan, daadwerkelijk uit de pas loopt. Vgl. de beschouwing van V.H. Glerum, *De weigeringsgronden bij uitlevering en overlevering*, diss. VU, Nijmegen: WLP 2013, p. 508-512.

7. Ik betwijfel ook – veronderstellenderwijs aangenomen dat artikel 4 van het Zevende Protocol hier van toepassing zou zijn – of het EHRM in de casus zoals die in het hierboven afgedrukte arrest aan de orde was, tot een ander oordeel dan de Hoge Raad zou zijn gekomen. De zaak-Zolotukhin vertoont enige gelijkenis met deze casus. In Zolotukhin ging het om twee opeenvolgende procedures – een administratiefrechtelijke en een strafrechtelijke – wegens ordeverstoring tijdens een verblijf in een politiebureau. Het EHRM vergelijkt de feitelijke gedragingen die in het licht van de betreffende delictsomschrijvingen zouden moeten komen vast te staan. In dat kader stelt het EHRM vast dat in beide procedures de ordeverstoring grotendeels, maar niet geheel op gelijke wijze in de beschuldigingen is omschreven, met als belangrijkste verschil dat in de strafrechtelijke procedure, anders dan in de administratieve procedure, het bedreigen van een politieambtenaar onderdeel uitmaakt van de beschuldiging. Omdat op andere onderdelen de beschuldigingen wel dezelfde gedragingen omvatten (het uitschelden van politieambtenaren, het bieden van verzet), acht het EHRM dat verschil van onvoldoende gewicht om niet van hetzelfde feit te kunnen spreken. Het EHRM acht kennelijk – en binnen de context van deze zaak wat mij betreft ook alleszins begrijpelijk – de geuite bedreiging onlosmakelijk verbonden met het uitschelden en het bieden van verzet.

In de hierboven afgedrukte zaak lijkt de band tussen enerzijds de verkeersgedragingen, waaronder het slingerend rijden, en anderzijds het toevoegen van de woorden 'ik sla je dood' en/of 'ik ga je afmaken, ik ga jullie allemaal afmaken' toch minder stevig te mogen worden genoemd. Bezien vanuit hetgeen voor een veroordeling ter zake van artikel 285 Sr respectievelijk artikel 5 WvW zou moeten komen vast te staan, zijn die verkeersgedragingen veeleer voorafgegaan aan de eigenlijke bedreigende gedraging, dan dat deze naast het toevoegen van de geciteerde woorden als een wezenlijk onderdeel van de bedreiging (met een levensdelict dan wel zware mishandeling) moeten worden beschouwd. Het beoordelingsstramien van het EHRM leidt mijns inziens niet dwingend tot de conclusie dat hier sprake zou zijn van 'hetzelfde feit'.

8. Al met al zou de conclusie dat de Hoge Raad een koers vaart waarin hij zich verwijdt van de Europese rechtspraak, op zijn minst voorbarig kunnen worden genoemd. Veeleer lijkt de Hoge Raad de ontwikkelingen op Europees niveau te willen afwachten, alvorens zich nader te beraden of, en zo ja: in hoeverre, de koers zou moeten worden bijgesteld.